



10732/13

REPUBBLICA ITALIANA

Oggetto

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

PRIMA SEZIONE CIVILE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. RENATO RORDORF - Presidente -

Dott. ALDO CECCHERINI - Consigliere -

Dott. SERGIO DI AMATO - Consigliere -

Dott. RENATO BERNABAI - Consigliere -

Dott. ROSA MARIA DI VIRGILIO - Rel. Consigliere -

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

Fallimento
in
estensione-
Istanza del
Curatore-
Autorizzazione
del Giudice
delegato-
Incompatibilità
ex art.25
l.f.-
Sussistenza.

R.G.N. 16702/2010

Cron. ¹⁰⁷³²
Rep. C.l.

Ud. 11/04/2013

PU

sul ricorso 16702-2010 proposto da:

CENCI SUSANNA (c.f. CNCSNN64E50E713J),

elettivamente domiciliata in ROMA, CORSO TRIESTE

115, presso l'avvocato BIAVA GIAMBATTISTA,

rappresentata e difesa dall'avvocato DELUCA

MICHELE, giusta procura a margine del ricorso;

- **ricorrente** -

2013

contro

610

CURATELA DEL FALLIMENTO DELLA PISTOIA SHOES DI TOSI

SANDRO & C. SAS E DEL SOCIO ACCOMANDATARIO TOSI

h

SANDRO E DEL SOCIO ACCOMANDANTE CENCI SUSANNA (C.F. 01156620476), in persona del Curatore dott. FILIPPO AGOSTINI, elettivamente domiciliata in ROMA, PIAZZALE CLODIO 12, presso l'avvocato AGOSTA GIUSEPPE, che la rappresenta e difende unitamente all'avvocato PINI CLAUDIO, giusta procura in calce al controricorso;

- controricorrente -

contro

PROCURA GENERALE DELLA REPUBBLICA PRESSO LA CORTE DI APPELLO DI FIRENZE, CURATELA DEL FALLIMENTO PISTOIA SHOES DI TOSI SANDRO E C. S.A.S. E DI CENCI SUSANNA;

IL CASO.it

- intimate -

avverso la sentenza n. 803/2010 della CORTE D'APPELLO di FIRENZE, depositata il 18/05/2010;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 11/04/2013 dal Consigliere Dott. ROSA MARIA DI VIRGILIO;

udito, per la ricorrente, l'Avvocato ANTONIO TROIANI, con delega, che ha chiesto l'accoglimento del ricorso;

udito il P.M., in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. ROSARIO GIOVANNI RUSSO che ha concluso per il rigetto del primo motivo di

h

ricorso; per l'accoglimento dei motivi secondo e terzo; enunciazione (artt. 363 e 384 c.p.c.) del principio di diritto alla cui stregua, tanto i soggetti privati legittimati a chiedere l'apertura del fallimento quanto i soggetti legittimati ad invocarne l'estinzione devono stare in giudizio col ministero di un difensore ai sensi degli artt. 82 e 182 c.p.c..

IL CASO.it

h

Svolgimento del processo

Con sentenza depositata il 18/5/2010, la Corte d'appello di Firenze ha respinto il reclamo proposto da Cenci Susanna avverso la sentenza del Tribunale di Pistoia, dichiarativa del fallimento in estensione della medesima Cenci, socio accomandante della Pistoia Shoes di Tosi Sandro & C. s.a.s., sulla base della ritenuta ingerenza nell'amministrazione della società.

Nei fatti, il Curatore del Fallimento della società e del socio, giusta autorizzazione del Giudice delegato, aveva depositato l'istanza per la dichiarazione del fallimento in estensione; disposta dal Giudice delegato la comparizione delle parti- Curatore del Fallimento e socio accomandante- per l'udienza del 25 novembre, alle ore 12,30, la Cenci aveva presentato personalmente l'istanza di ricusazione del Giudice delegato, per avere questi autorizzato il Curatore a presentare l'istanza di estensione del fallimento; espletata l'audizione del magistrato, il Presidente del Tribunale f.f. aveva depositato il 25 novembre il provvedimento di reiezione della ricusazione e lo stesso giorno, alle ore 12,30, il Giudice delegato aveva tenuto l'udienza di comparizione, alla quale non era comparsa la Cenci; all'esito, rimessa la causa al Collegio, era stata resa la sentenza successivamente reclamata dalla parte.

Secondo la Corte del merito, l'autorizzazione al ricorso per il fallimento in estensione non integra alcuna delle

ipotesi di cui all'art. 51 c.p.c., di stretta interpretazione; il sistema posto dall'art.25 n.6, primo e secondo comma l.f., è nel senso di prevedere che il Giudice delegato non possa far parte del Collegio giudicante, ove abbia autorizzato il Curatore ad intraprendere una causa, compiendo una valutazione non solo di convenienza, ma anche preventivamente di fondatezza, il cui esito potrebbe incrementare ovvero depauperare l'attivo fallimentare; il sistema di cui all'art.147 l.f. prevede una sorta di potere "integrativo" del Tribunale fallimentare, e l'istanza del Curatore, di un creditore e dei soci dichiarati falliti svolge la funzione di mero stimolo dei poteri ufficiosi del Tribunale, non implica alcuna formalità, dovendosi solo integrare l'originaria pronuncia, sulla base degli elementi emersi successivamente.

Secondo la Corte del merito, pertanto, l'autorizzazione scritta al Curatore per la presentazione dell'istanza in oggetto non integra l'esercizio dei poteri di cui all'art.25, n.6 l.f., a cui è collegato il dovere di astensione, ma è espressione del generale esercizio dei poteri di vigilanza del Giudice delegato nei confronti degli atti degli organi della Procedura; né il Curatore necessita dell'autorizzazione del Giudice delegato per la presentazione dell'istanza, rientrando tale segnalazione nei doveri propri del pubblico ufficiale.

Conseguentemente, attesa la natura della segnalazione di cui all'art.147 l.f., la Corte d'appello ha respinto l'ulteriore profilo di nullità della sentenza, in conseguenza della nullità del ricorso depositato dal Curatore personalmente, senza l'assistenza del difensore munito di procura.

Il Giudice del merito ha respinto altresì l'eccezione di nullità della sentenza, per mancata sospensione del procedimento per il tempo occorrente alla decisione sull'istanza di ricusazione, rilevando che tra il deposito dell'istanza e la decisione della stessa non era stato compiuto alcun atto del procedimento, che era proseguito senza soluzione di continuità, e nel pieno rispetto delle garanzie della difesa della Cenci.

Quanto al merito, la Corte d'appello ha rilevato che le circostanze di fatto evidenziate dalla Curatela non erano state smentite dalla parte e quindi, posto che non erano controverse le condotte specificamente attribuite alla Cenci, di co-gestione della società fallita, la stessa doveva ritenersi quale socia illimitatamente responsabile, e quindi soggetta al fallimento in estensione.

Avverso detta pronuncia ricorre Cenci Susanna, sulla base di due motivi.

Si difende con controricorso il Fallimento.

Motivi della decisione

1.1.- Con il primo motivo, Cenci Susanna denuncia la nullità del procedimento e della sentenza per violazione e/o falsa applicazione degli artt.51 ss. e 298 c.p.c., dell'art.15 l.f. e degli artt. 24 e 111 Cost., nonché la violazione e/o falsa applicazione di dette norme tout court.

Secondo la ricorrente, posto che anche la Corte d'appello ritiene che l'istanza di ricusazione, in quanto non manifestamente inammissibile, ha sospeso il giudizio, è errata la statuizione di cessazione della sospensione prima dell'udienza di convocazione della fallenda; a tutto concedere, la sospensione cessò alle ore 13,12 del 25 novembre, con la trasmissione del provvedimento presidenziale al numero di fax degli avv. Deluca e Di Bernardino (anche se l'istanza era stata presentata dalla Cenci personalmente e detti avvocati non avevano dichiarato di voler ricevere comunicazioni a mezzo fax), e quindi dopo l'udienza ex art. 15 l.f.

Ancora, secondo la ricorrente, la corretta interpretazione degli artt. 51 e 298 c.p.c. avrebbe dovuto portare a ritenere il procedimento sospeso, da ciò conseguendo che si era tenuta l'udienza di comparizione della fallenda durante la sospensione, ma anche a ritenere cessato l'effetto sospensivo automaticamente con l'ordinanza reiettiva dell'istanza di ricusazione, si sarebbero dovuti porre in

essere gli atti del processo solo a partire dal giorno successivo, e quindi dal 26 novembre.

1.2.- Con il secondo motivo, la ricorrente denuncia la violazione e/o falsa applicazione degli artt.51 e 158 c.p.c.

Nel caso, ricorreva una chiara ipotesi di doverosa astensione del Giudice delegato, per avere questi manifestato la propria opinione, a mezzo dell'autorizzazione data al Curatore per promuovere il giudizio di estensione del fallimento; in mancanza dell'astensione, ed essendo stata rigettata l'istanza di ricusazione, la sentenza emessa deve ritenersi nulla per vizio di costituzione del giudice, irrilevante essendo la natura giuridica dell'opinione espressa dallo stesso, se autorizzazione o nulla osta.

In subordine, la ricorrente solleva la questione di legittimità costituzionale, per violazione degli artt. 3, 24 e 111 Cost., degli artt. 51 n.4 c.p.c. e 25 e 147 l.f., nella parte in cui non escludono il Giudice delegato dalla composizione del Tribunale, nel giudizio di estensione del fallimento, dopo che il primo abbia autorizzato il Curatore a promuovere il giudizio.

1.3.- Con il terzo mezzo, la ricorrente si duole della violazione e/o falsa applicazione dell'art.25, 2° comma e dell'art.147 l.f.

Nel caso, è stato violato l'art. 25, 2° comma l.f., avendo il Giudice delegato espressamente e per iscritto autorizzato il Curatore a presentare il ricorso per l'estensione; è palesemente erroneo l'assunto della Corte del merito, che il procedimento di estensione del fallimento costituisce una mera integrazione dell'originaria pronuncia, stante l'abrogazione del fallimento d'ufficio ed il carattere spiccatamente contenzioso del procedimento di estensione, ad opera della riforma della legge fallimentare.

In subordine, la ricorrente prospetta la questione di costituzionalità, per violazione degli artt. 3, 24 e 111 Cost., del combinato disposto degli artt. 158 c.p.c., 25 e 147 l.f., nella parte in cui non escludono il Giudice delegato, che abbia autorizzato il Curatore a richiedere il fallimento in estensione, dalla composizione del Tribunale che dovrà decidere sull'estensione.

1.4.- Col quarto motivo, la ricorrente denuncia la violazione e/o falsa applicazione degli artt. 82 c.p.c. e 147 l.f.

Il ricorso per estensione era inammissibile, perché presentato personalmente dal Curatore, senza il ministero del difensore.

1.5.- Con il quinto mezzo, Cenci Susanna si duole della violazione e/o falsa applicazione degli artt. 2320 c.c., degli artt. 10 e 147 l.f. e/o dell'omessa, insufficiente e

h

contraddittoria motivazione circa fatto controverso e decisivo per il giudizio, per non avere il Giudice del merito ritenuto trascorso l'anno per la dichiarazione di fallimento, mentre l'ultimo atto in astratto costituente atto di immistione nella gestione risale al 30 settembre 2008, oltre l'anno dalla dichiarazione di fallimento.

Secondo la ricorrente, diversamente argomentando, la posizione del socio accomandante, divenuto illimitatamente responsabile, sarebbe più gravosa ed irragionevolmente diversa da quella degli altri soci illimitatamente responsabili; in subordine, la parte prospetta questione di legittimità costituzionale dell'art.147 l. f.

La ricorrente infine contesta di avere posto in essere atti di gestione, in violazione del divieto di cui all'art.2320 c.c., specificamente esaminando gli atti attribuiti alla stessa dalla Curatela e dal Giudice del merito.

2.1.- Il primo motivo del ricorso è infondato.

E' principio consolidato, come di recente ribadito nella pronuncia 22917/2012, che la presentazione dell'istanza di ricusazione non sospende, di per sè sola, il procedimento nel quale è presentata, in quanto spetta pur sempre al giudice a quo una sommaria delibazione dell'ammissibilità dell'istanza, all'esito della quale, ove risultino icu oculi carenti i requisiti formali di legge per l'ammissibilità, il procedimento può continuare, giacché l'evidente inammissibilità della ricusazione, pur non

potendo impedire la rimessione del ricorso al giudice competente, esclude l'automatismo dell'effetto sospensivo (in tal senso, le pronunce 26267/2011, 5236/2006, 10406/2003, tra le tante).

E' stato altresì reiteratamente affermato che la riassunzione dopo la cessazione della sospensione si determina in base alla mera pronuncia dell'ordinanza che rigetta o dichiara inammissibile l'istanza di ricusazione, e può aver luogo senza formalità, proseguendo d' ufficio ed automaticamente il processo dopo detta pronuncia, tanto che le parti non hanno diritto ad alcuna comunicazione, ove fosse stato già disposto, con provvedimento anteriore alla presentazione dell'istanza, un rinvio ad altra udienza, successiva però alla data di definizione dell'istanza stessa (così Cass.5236/2006).

Detti principi sono chiaramente ispirati all'esigenza di garantire la necessaria imparzialità del giudizio nella specifica controversia, e di impedire, nel contempo, l' uso distorto e strumentale dell'istituto, che potrebbe portare ad indebite sospensioni o pressioni sulla formulazione del giudizio.

Ciò posto, si osserva che nella specie, fissata la data di convocazione della Cenci, quale destinataria della richiesta di estensione, presentata e respinta l'istanza di ricusazione, il procedimento, non sospeso ipso iure, è

legittimamente proseguito, senza che fosse necessario alcun atto formale di riassunzione.

La tesi della ricorrente, a riguardo, si basa sull'assunto che la decisione sull'istanza di ricusazione non sarebbe anteriore all'udienza, in quanto comunicata via fax ai difensori della parte alle ore 13,12 del 25 novembre 2009, ma, come sopra si è già detto, detto provvedimento non necessitava di comunicazione, ed anzi l'ora della comunicazione depone per il deposito del provvedimento necessariamente prima dell'udienza di convocazione delle 12,30.

I rilievi che precedono inducono a ritenere infondate in radice le censure della ricorrente, nelle due prospettazioni avanzate, ed assorbono ogni ulteriore valutazione sulla incidenza, in termini di vizio di nullità degli atti successivamente compiuti, della mancata sospensione del giudizio pendente l'istanza di ricusazione, poi rigettata.

2.2.- Il secondo ed il terzo motivo del ricorso, da esaminarsi congiuntamente in quanto strettamente collegati, sono da ritenersi fondati, per quanto di seguito esposto.

A riguardo, è dirimente il rilievo che, nel caso, il Giudice delegato del Fallimento Pistoia Shoes di Tosi Sandro & C. s.a.s. e del socio accomandatario Tosi Sandro ha autorizzato il Curatore a presentare il ricorso per la dichiarazione di fallimento in estensione della Cenci, e lo

stesso Giudice delegato ha partecipato al Collegio che ha deciso il fallimento in estensione in oggetto.

Il rilascio da parte del Giudice delegato dell'autorizzazione ex art.25,1° comma n.6 l.f. comporta la piana e diretta applicazione del 2° comma della norma in oggetto, che dispone che "il giudice delegato non può trattare i giudizi che abbia autorizzato, né può far parte del collegio investito del reclamo proposto contro i suoi atti", né, a fronte della chiara portata precettiva del disposto normativo indicato, può giustificarsi la distinzione tra "autorizzazione" e "nulla osta", a meno di non relegare arbitrariamente il provvedimento tipizzato reso dal Giudice delegato in una categoria atipica. Né è sostenibile comunque il tentativo, operato dalla Corte del merito, di circoscrivere e limitare la valenza sostanziale dell'autorizzazione sino a ridurla a mera "istanza volta a stimolare l'esercizio di poteri officiosi da parte del Tribunale",allo scopo di integrare l'originaria dichiarazione di fallimento(a tacere dalla ammissibilità di detta riduzione di significato nell'impianto generale della nuova disciplina del fallimento).

2.3.-L'accoglimento dei motivi secondo e terzo assorbe l'esame degli ulteriori motivi.

3.1.- Conclusivamente, respinto il primo motivo, accolti i motivi secondo e terzo, assorbiti gli altri, deve essere

cassata con rinvio la sentenza impugnata e poiché per il rilevato vizio di costituzione del Giudice la Corte d'appello avrebbe dovuto rimettere la causa al primo Giudice, ex art.354 c.p.c., ricorrono le condizioni di cui all'art.383, 3° comma c.p.c., per cui, previa cassazione anche della sentenza di primo grado, la causa va rimessa al Tribunale di Firenze in diversa composizione, che provvederà anche alle spese del presente giudizio.

P.Q.M.

La Corte accoglie il secondo ed il terzo motivo del ricorso, rigetta il primo, assorbiti gli altri motivi; cassa la sentenza impugnata e rinvia al Tribunale di Firenze in diversa composizione, anche per le spese del presente giudizio.

Così deciso in Roma, in data 11 aprile 2013

Il Consigliere est.

R. M. D. Uel



Il Presidente

[Handwritten signature of the President]

DEPOSITATO IN CANCELLERIA
Oggi - 8 MAG. 2013

Il Funzionario Giudiziario
Assale CASANO

Assale Casano

Il Funzionario Giudiziario
Assale CASANO

Assale Casano